

# Betriebs Berater

BB

31 | 2020

Invisible Payments ... Grundsteuer ... IFRS ... AGG ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... 27.7.2020 | 75. Jg.  
Seiten 1665–1728

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Gregor Thüsing**, LL.M. (Harvard)

Viel Glück und viel Segen! –

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen zum 80. Geburtstag

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Fabian Stancke**

Kartellrechtliche Organhaftung: Regressfähigkeit von Bußgeldern? | 1667

**Oskar Becker**, LL.M., RA, und **Anne Baranowski**, LL.M., RAin

Invisible Payments unter zahlungs- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten | 1672

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Dirk Löhr**, MBA, StB

Das neue hessische Landesgrundsteuer-Modell – Königsweg oder Sackgasse | 1687

Dipl.-Finw. **Gerhard Bruschke**, StB

Die Haftung des Vertretenen nach § 70 AO | 1693

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Jens Berger**, CPA

Bilanzierung COVID-19-bedingter Mietzugeständnisse nach IFRS | 1707

## ARBEITSRECHT

**Dr. Andreas Menkel**, RA/FAHaGesR/FAStR

Anwendung des AGG bei Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsräten | 1716

nach einer angemessenen Begrenzung der Haftung, die tatsächlichen Umständen entspricht. Dies spricht für eine Haftung nur dann, wenn die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens für den Fall der eigenen, vermeidbaren, Kartellhandlungen oder erkennbaren Unzulänglichkeit von Aufsichts- bzw. Compliance-Maßnahmen angenommen wird und wenn das Unternehmen nur insoweit Regress nehmen kann, als es nachweist, dass Bußgelder sowie verbundene Kosten durch die Kartellhandlungen erlangte Vermögensvorteile übersteigen.

**Prof. Dr. Fabian Stancke** lehrt Bürgerliches Recht und Kartellrecht an der Brunswick European Law School, ist Mitglied der Faculty am Europa-Kolleg der Universität Hamburg sowie of Counsel bei Dentons Europe LLP und war zuvor unter anderem in einer weiteren führenden Wirtschaftskanzlei sowie in der Konzernrechtsabteilung eines internationalen Versicherungs- und Finanzdienstleistungskonzerns tätig.



Oskar Becker, LL.M., RA, und Anne Baranowski, LL.M., RA in

# Invisible Payments unter zahlungs- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten

**Bei der Verwendung von Invisible Payments, einer Zahlungsweise ohne Bargeld, im Hintergrund und als bloße Folge der Hauptleistung, sind insbesondere zahlungs- und datenschutzrechtliche Anforderungen zu beachten. An Beispielen wird dargestellt, wie diese Anforderungen in der Praxis erfüllt werden können.**

## I. Einleitung

Den üblichen Zahlungsmethoden im stationären Handel ist gemein, dass die Zahlung vom Zahler separat und aktiv ausgelöst werden muss, um ein Produkt oder eine Dienstleistung zu bezahlen.

Eine neue Methode unter dem Begriff „*Invisible Payments*“ setzt hier an und verschiebt den Zahlungsvorgang vollständig in den Hintergrund, ohne dass dieser separat angestoßen wird. Die Zahlung ist automatische Folge der Inanspruchnahme der Hauptleistung.

Funktionsweise (Ziffer II.) und Durchführbarkeit der Invisible Payments unter zahlungs- (Ziffer III.) und datenschutzrechtlichen (Ziffer IV.) Gesichtspunkten werden nachfolgend für Zahlungen am POS (Point-of-Sale)<sup>1</sup> dargestellt.

## II. Funktionsweise der Invisible Payments

Das Neuartige an Invisible Payments ist, dass eine Zahlung automatisch und nur bei tatsächlicher Inanspruchnahme der Hauptleistung erfolgt. An der Kasse oder einem Schalter zu bezahlen, fällt weg.

Ein noch relativ junges Beispiel für die Anwendung von Invisible Payments ist Amazon Go, eine vom Unternehmen Amazon gegründete Supermarktkette, in der man ausschließlich bargeldlos einkaufen kann.<sup>2</sup> Auch erste europäische Unternehmen sind dabei, die entsprechende Technologie zu entwickeln. So hat das portugiesische Start-up Sensei bereits den ersten Prototypen eines ähnlich funktionierenden Shops in Lissabon aufgestellt.<sup>3</sup>

Kauf und Zahlung funktionieren in Amazon Go-Supermärkten wie folgt: Nachdem sich ein Kunde am Eingangportal mit seiner Amazon App ausgewiesen hat,<sup>4</sup> kann er den Laden betreten, Waren aus Regal-

len nehmen und diese in seinen Korb legen. Spezielle Kameras sowie unterstützende Systeme registrieren dies und weisen die herausgenommenen Waren dem Account des Kunden zu.<sup>5</sup> Bei Verlassen des Ladens durch eine *leaving area* werden die Waren aus dem internen Lager des Ladengeschäftsinhabers entfernt und dem Account des Käufers nun endgültig zugeordnet. Die Bezahlung erfolgt dann automatisch über den Amazon-Account mit Verlassen des Ladens. Aufgrund der dauerhaften Überwachung durch Bilderkennung muss sich der Kunde beim Verlassen nicht erneut identifizieren und kann dadurch ohne zusätzlichen Aufwand das Ladengeschäft direkt verlassen. Als Alternative zu kameragestützten Systemen arbeitet die zur DZ-Bank gehörende VR Payment GmbH an einem technischen Verfahren, bei der die Identifizierung der Waren über RFID-Chips (*radio-frequency identification*) vorgenommen wird. RFID-Chips sind an der jeweiligen Ware angebracht und funktionieren nach dem Sender-Empfänger-Prinzip mittels Radiowellen. Auch hier gibt es eine *payment area*, bei der die sich im Warenkorb befindlichen Produkte anhand der RFID-Chips automatisch gescannt, dem jeweiligen Kunden zugeordnet und von ihm bezahlt werden.<sup>6</sup>

1 Die Frage der Funktionsweise und rechtlichen Einordnung von Invisible Payments im Internet ist nicht Gegenstand dieses Textes, da dort jedenfalls immer ein Klick notwendig ist, um eine Zahlungsvorgang auszulösen, was streng genommen keine automatisierte Zahlung im Hintergrund und damit kein Invisible Payment darstellt.

2 Handelsblatt/Deutsche Presse-Agentur GmbH vom 22.1.2018 unter <https://app.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/amazon-go-erster-amazon-supermarkt-ohne-kassen-oeffnet-in-seattle/20871836.html?ticket=ST-3282858-jd0hOOGvxAkNRJhVwPb-ap6> (Abruf: 9.5.2019).

3 Milligan/Kahn, Amazon Go Faces Unlikely Challenge From Checkout-Free Startup, unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-05/amazon-go-faces-unlikely-challenge-from-checkout-free-startup> (Abruf: 2.7.2020).

4 Etwas weitergedacht, kann die Identifizierung des Kunden vollständig durch eine automatische Gesichtserkennung des Kunden bei dessen Betreten des Ladens ersetzt werden. Ein Bsp. für die Machbarkeit sind die Amazon Go-Supermärkte selbst, welche den Weg des Kunden im Geschäft konstant per Kamera verfolgen. Noch einen Schritt weiter stünde nur noch der komplett automatisierte und individualisierte Lieferservice, für den zahlungsrechtlich jedoch grundsätzlich dieselben Regeln wie unter Ziffer III. gelten.

5 Kolbrück, So funktioniert Amazon Go: Die Technik hinter dem Zauberwort „Sensor Fusion“, unter <https://etailment.de/news/stories/Technologie-So-funktioniert-Amazon-Go-Die-Technik-hinter-dem-Zauberwort-Sensor-Fusion-20194> (Abruf: 2.7.2020).

6 IT-Finanzmagazin Online vom 17.2.2020, unter <https://www.it-finanzmagazin.de/pay-free-automatisiertes-bezahlen-pos-rfid-101313/> (Abruf: 25.3.2020).

### III. Zahlungsrechtliche Beurteilung der Invisible Payments<sup>7</sup>

Die nachfolgende rechtliche Beurteilung der Invisible Payments erfolgt für Käufer von Waren in einem deutschen Supermarkt.<sup>8</sup>

#### 1. Drei Verträge für einen Kauf

Spricht man laienhaft vom „Kauf“ als einem Rechtsgeschäft, so versteht man hierunter rechtlich grundsätzlich drei verschiedene Geschäfte:

- *Erstens* ein schuldrechtlicher Kaufvertrag hinsichtlich der zu kaufenden oder gekauften Sache zwischen Verkäufer (im Folgenden der *Supermarkt*) und Käufer (im Folgenden der *Kunde*).
- *Zweitens* ein dinglicher Erfüllungsvertrag gerichtet auf Übereignung der Sache vom Supermarkt an den Kunden, um die entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen.
- *Drittens* ein dinglicher Erfüllungsvertrag gerichtet auf Übereignung des Bargeldes in Höhe des Kaufpreises vom Kunden auf den Supermarkt,<sup>9</sup> ebenfalls, um die entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen.

Wichtig für die Durchführbarkeit von Invisible Payments in Deutschland ist die rechtliche Möglichkeit, dass alle drei Geschäfte zur selben Zeit abgeschlossen und diese Abschlüsse an bestimmte Handlungen geknüpft werden können.<sup>10</sup> So können der Supermarkt und der Kunde vereinbaren, dass mit Verlassen des Supermarkts durch den Kunden sowohl ein Kaufvertrag zwischen beiden hinsichtlich der vom Kunden eingepackten Waren zustande kommt, als auch, dass beide übereinstimmen, dass das Eigentum an diesen Waren auf den Kunden übergeht sowie die Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Der Inhalt einer entsprechenden Vereinbarung kann sich aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ergeben.<sup>11</sup>

#### 2. Erfüllung der Zahlungsverpflichtung/ Zahlungsauftrag

Wie kann ein Kunde durch bloßes Verlassen des Supermarktgeländes seine Zahlungsverpflichtung erfüllen? Zur Beantwortung der Frage ist zunächst festzustellen, dass der Kaufpreis gesetzlich zwar grundsätzlich in bar geschuldet ist,<sup>12</sup> jedoch auch elektronisch bezahlt werden kann. Die elektronische Art der Zahlung stellt entweder auch eine echte Erfüllung<sup>13</sup> dar oder der Supermarkt nimmt die elektronische Zahlung an Erfüllung statt an (vgl. § 364 Abs. 1 BGB). Diese rechtliche Möglichkeit ist Voraussetzung dafür, dass Zahlungen überhaupt unsichtbar und im Hintergrund ablaufen können.

Für die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung des Kunden kommen vor allem folgende Zahlungswege in Frage:<sup>14</sup>

- Zahlung per Überweisung
- Zahlung per Lastschrift
- Zahlung per Kreditkarte/Kreditkarteninformationen
- Zahlung mit E-Geld
- Abrechnung über die Mobilfunkrechnung

Die vorgenannten Zahlungswege zeigen, dass auch Invisible Payments grundsätzlich klassisch abgewickelt werden. Lediglich die Art und Weise der Erteilung des Zahlungsauftrages des Kunden an den jeweiligen Zahlungsdienstleister unterscheidet sich<sup>15</sup> und hängt wiederum vom gewählten Zahlungsweg ab, welchen der Kunde mit dem Zahlungsdienstleister im sogenannten Zahlungsdienstler-

vertrag<sup>16</sup> vereinbart. Die kostengünstigsten Varianten sind die Zahlung per Überweisung und die Zahlung per Lastschrift. Die für den Zahlungsempfänger sicherste Variante ist jedoch das Kreditkartenmodell.

#### 3. Zahlung per Überweisung

Gemäß § 1 Abs. 22 des Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetzes (ZAG) ist eine Überweisung ein auf Veranlassung des Zahlers ausgelöster Zahlungsvorgang zur Erteilung einer Gutschrift auf dem Zahlungskonto des Zahlungsempfängers zulasten des Zahlungskontos des Zahlers in Ausführung eines oder mehrerer Zahlungsvorgänge durch den Zahlungsdienstleister, der das Zahlungskonto des Zahlers führt.

Auf Veranlassung des Zahlers erfolgt ein Zahlungsvorgang insbesondere bei Erteilung eines Zahlungsauftrages. Gemäß § 675 f Abs. 4 S. 2 BGB ist darunter jeder Auftrag zu verstehen, den ein Zahler seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorganges entweder unmittelbar oder mittelbar über einen Zahlungsauslösedienstleister oder den Zahlungsempfänger erteilt.<sup>17</sup>

##### a) Erteilung des Zahlungsauftrages

Wählt man zur Erfüllung der Zahlungspflicht die Variante der Überweisung, ist der Zahlungsvorgang derart zu gestalten, dass der Kunde seinem kontoführenden Zahlungsdienstleister („Zahlstelle“)<sup>18</sup> mit Verlassen des Supermarkts einen Zahlungsauftrag erteilt. Die Zahlstelle wird daraufhin die Überweisung eines Betrages in Höhe des Kaufpreises an den Supermarkt für die Produkte ausführen, die der Kunde aus dem Supermarkt trägt. Die Auftragserteilung erfolgt am praktikabelsten über einen Zahlungsauslösedienst,<sup>19</sup> der den Zahlungsauftrag des Kunden an die Zahlstelle übermittelt.

##### b) Wirksamkeit eines Zahlungsvorganges gegenüber dem Zahler/Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrages

Der Zahlungsvorgang muss gegenüber dem Zahler rechtlich wirksam und darf nicht widerruflich sein, da dieser den gezahlten Betrag andernfalls zurückfordern kann.

Ein Zahlungsvorgang ist gegenüber dem Zahler nur wirksam, wenn er diesem zugestimmt hat. Die Zustimmung kann entweder als Ein-

7 Haftungsfragen werden nicht erörtert.

8 Grundsätzlich sind Invisible Payment-Modelle jedoch auf alle Geschäfte anwendbar, in denen Waren und Dienstleistungen bezahlt werden sollen.

9 Das Gesetz geht davon aus, dass der Kaufpreis in bar zu leisten ist, vgl. *Westermann*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, § 433, Rn. 65.

10 Dies ist letztlich Folge der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit, s. BVerfG, 8.4.1997 – BvR 48/94, Rn. 142.

11 Im Rahmen von Invisible Payments können entsprechende AGB durch ausdrücklichen Hinweis in einer App oder durch deutlich sichtbaren Aushang an einem Ort des Supermarkts in Textform wirksam in den Kaufvertrag einbezogen werden, wenn für den Kunden dadurch die Möglichkeit besteht, in zumutbarer Weise von AGB Kenntnis zu nehmen, vgl. § 305 Abs. 2 BGB.

12 *Westermann*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, § 433, Rn. 65.

13 *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, 53. Edition, 2020, § 362 BGB, Rn. 24.

14 Die Zahlung mittels Kryptowährungen wird vorliegend außer Acht gelassen.

15 Hierzu in Bezug auf Proximity Payments *Brandenburg/Leuthner*, ZD 2015, 111, 112.

16 Um eine Vielzahl von Zahlungsvorgängen auf einheitlicher vertraglicher Grundlage für eines dieser Zahlverfahren ausführen zu können, bedarf es grundsätzlich eines Zahlungsdienstlervertrages gemäß § 675 f Abs. 2 BGB. Dieser kann formfrei und damit auch elektronisch (z. B. über eine App) geschlossen werden. Die entsprechenden Verbrauchervorabinformation müssen jedoch gem. Art. 248 § 3 EGBGB auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt werden, wozu grundsätzlich auch die Übermittlung einer E-Mail an die Zahlungsdienstlernerutzer ausreicht.

17 Der Zahlungsauftrag stellt eine Weisung des Zahlers an sein kontoführendes Institut dar, vgl. *Casper*, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 675 f BGB, Rn. 52 f.

18 Üblicherweise die Bank, bei der der Kunde sein Konto hat.

19 S. hierzu unten unter Ziff. III. 3. d).

willigung oder, sofern zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister zuvor vereinbart, als Genehmigung erteilt werden. Art und Weise der Zustimmung können zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister im Zahlungsdiensterahmenvertrag vereinbart werden. Insbesondere kann vereinbart werden, dass die Zustimmung mittels eines bestimmten Zahlungsinstruments erteilt werden kann (vgl. § 675j Abs. 1 BGB). Zahlungsinstrument ist dabei jedes personalisierte Instrument oder Verfahren, dessen Verwendung zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet wird (vgl. § 1 Abs. 20 ZAG).

Das Verfahren und damit das Zahlungsinstrument, mit dem der Kunde im Falle der Überweisung seine Zustimmung zu einem Zahlungsvorgang im Supermarkt erteilt, ist die Handlung des Verlassens des Supermarkts selbst. Dass diese Handlung als Zustimmung gilt, wird im Zahlungsdiensterahmenvertrag geregelt. Der auf diese Weise ausgelöste Zahlungsvorgang ist dann gegenüber dem Kunden wirksam.

Die Zustimmung kann vom Zahler durch Erklärung gegenüber dem Zahlungsdienstleister jedoch so lange widerrufen werden, wie der Zahlungsauftrag dem Zahlungsdienstleister des Zahlers nicht zugegangen ist (vgl. § 675p Abs. 1 S. 1 BGB). Gibt der Kunde als Zahler den Zahlungsauftrag mit Verlassen des Supermarkts ab, welcher seinen Zahlungsdienstleister elektronisch wenige Sekunden später erreicht, so ist ein Widerruf in diesem Fall auch nicht mehr möglich.

Dasselbe gilt, wenn der Zahlungsvorgang über einen Zahlungsauslösedienstleister, vom Zahlungsempfänger oder über diesen ausgelöst wird, sobald der Zahler dem Zahlungsauslösedienstleister die Zustimmung zur Auslösung des Zahlungsvorgangs oder dem Zahlungsempfänger die Zustimmung zur Ausführung des Zahlungsvorgangs erteilt hat (vgl. § 675p Abs. 2 S. 1 BGB).

Im Ergebnis ist ein Zahlungsvorgang in jedem Fall dem Kunden gegenüber wirksam und unwiderruflich, sobald dieser den Supermarkt verlässt.

### c) Starke Kundenauthentifizierung

Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 ZAG obliegt es dem Zahlungsdienstleister bei jeder Auslösung eines elektronischen Zahlungsvorgangs durch den Zahler, eine starke Kundenauthentifizierung durchzuführen, die zwei der drei Elemente des Wissens (etwas, das der Nutzer weiß), des Besitzes (etwas, das der Nutzer besitzt) und der Inhärenz (etwas, das der Nutzer ist) umfassen muss (vgl. § 1 Abs. 24 ZAG). Nutzt der Zahler beispielsweise eine Kreditkarte, so wird durch den Besitz der Karte das Besitzelement und durch die Eingabe der PIN-Nummer in das Kartenterminal das Wissens-element erfüllt.

Gemäß § 55 Abs. 2 ZAG muss jeder Zahlungsvorgang zudem dynamisch, z. B. durch die Versendung einer TAN per SMS, mit einem bestimmten Betrag und einem bestimmten Zahlungsempfänger verknüpft werden.

Gemäß Art. 55 Abs. 5 ZAG i.V.m. der Delegierten Verordnung (EU) 2018/389 („Del. VO (EU) 2018/389“) kann die starke Kundenauthentifizierung jedoch unter anderem in folgenden Fällen grundsätzlich komplett entfallen:<sup>20</sup>

– *Vertrauenswürdige Empfänger:* Gemäß Art. 13 Del. VO (EU) 2018/389 kann für vertrauenswürdige Empfänger eine starke Kundenauthentifizierung entfallen, wenn die allgemeinen Anforderungen an

die Authentifizierung erfüllt sind und der Zahlungsempfänger auf einer zuvor vom Zahler erstellten Liste<sup>21</sup> der vertrauenswürdigen Empfänger geführt wird.

- *Unbeaufsichtigte Terminals für Verkehrsnutzungsentgelt und Parkgebühren:* Gemäß Art. 12 Del. VO (EU) 2018/389 dürfen Zahlungsdienstleister unter Einhaltung der in Art. 2 Del. VO (EU) 2018/389 festgelegten Anforderungen von der Vorgabe einer starken Kundenauthentifizierung absehen, wenn der Zahler an einem unbeaufsichtigten Terminal einen elektronischen Zahlungsvorgang auslöst, um ein Verkehrsnutzungsentgelt oder eine Parkgebühr zu zahlen. Hat der Kunde seine Einkäufe beendet, so kann auf diese Weise auch automatisch die Parkgebühr abgerechnet werden.
- *Von Unternehmen genutzte sichere Zahlungsprozesse und -protokolle:* Gemäß Art. 17 Del. VO (EU) 2018/389 können Zahlungsdienstleister bei juristischen Personen, die elektronische Zahlungsvorgänge über dedizierte (d. h. eigens hierfür eingerichtete) Zahlungsprozesse oder -protokolle auslösen, die nur Zahlern zur Verfügung stehen, bei denen es sich nicht um Verbraucher handelt, von der Vorgabe einer starken Kundenauthentifizierung absehen. Voraussetzung ist, dass die zuständigen Behörden der Auffassung sind, dass diese Prozesse oder Protokolle mindestens ein vergleichbares Sicherheitsniveau wie das in der Richtlinie (EU) 2015/2366 („PSD 2“) vorgesehene gewährleisten.

Insbesondere bei Stützung auf die Ausnahme für vertrauenswürdige Empfänger auf Warenkäufe in einem Supermarkt kann eine starke Kundenauthentifizierung vermieden werden, wenn ein Zahlungsauslösedienst die Zahlungsaufträge der Kunden an deren Zahlstellen weiterleitet. Voraussetzung hierfür ist jedoch die technische Sicherstellung der Identifikation des Kunden, zum Beispiel anhand von Gesichtserkennungssoftware, um Zahlungsaufträge dem richtigen Kunden zuordnen zu können.

### d) Aufsichtsrecht<sup>22</sup>

Übermittelt ein Zahlungsauslösedienst den Zahlungsauftrag des Kunden, bedarf dieser gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ZAG einer Erlaubnis zum Betreiben eines Zahlungsauslösedienstes. Dieser ist ein Dienst, bei dem auf Veranlassung des Zahlungsdienstnutzers ein Zahlungsauftrag in Bezug auf ein bei einem anderen Zahlungsdienstleister geführtes Zahlungskonto ausgelöst wird (vgl. § 1 Abs. 33 ZAG).

## 4. Zahlung per Lastschrift

Gemäß § 1 Abs. 21 ZAG ist eine Lastschrift ein Zahlungsvorgang zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers, bei dem der Zahlungsvorgang vom Zahlungsempfänger aufgrund der Zustimmung des Zahlers gegenüber dem Zahlungsempfänger, dessen Zahlungsdienstleister oder seinem eigenen Zahlungsdienstleister ausgelöst wird.

Wählt man die Lastschrift zu Erfüllung der Zahlungspflicht des Kunden, so erteilt der Kunde dem Supermarkt ein Lastschriftmandat, wel-

<sup>20</sup> Sofern die nach der Del. VO (EU) 2018/389 einzuhaltenden Überwachungspflichten hinsichtlich der abgewickelten Zahlungsvorgänge eingehalten werden.

<sup>21</sup> Die Liste muss vom Kunden erstellt werden und die vertrauenswürdigen Empfänger dürfen auch nicht vom Zahlungsdienstleister vorgeschlagen werden, vgl. Question ID: 2018\_4128 aus dem Single Rulebook Q&A der European Banking Authority.

<sup>22</sup> Soweit nicht gesondert angesprochen, werden aufsichtsrechtliche Fragen in diesem Art. nicht bzgl. der kontoführenden Zahlungsdienstleister des Supermarkts als Zahlungsempfänger und des Kunden als Zahler beurteilt, da hier vom Vorliegen einer Erlaubnis zur Erbringung von Zahlungsdiensten ausgegangen werden kann.

ches den Supermarkt ermächtigt, Zahlungen vom Konto des Kunden einzuziehen, und zugleich die Zahlstelle des Kunden anweist, die vom Supermarkt auf das Konto des Kunden gezogenen Lastschriften einzulösen.<sup>23</sup>

#### a) Erteilung des Zahlungsauftrages

Verlässt der Kunde den Supermarkt, so kann der Supermarkt der Zahlstelle des Kunden den Zahlungsauftrag zur Zahlung des Kaufpreises für die vom Kunden eingepackten Waren aufgrund des Lastschriftmandats selbst erteilen und so die Zahlung auslösen.

#### b) Wirksamkeit eines Zahlungsvorganges gegenüber dem Zahler/Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrages

Grundsätzlich gilt wie bei der Zahlung per Überweisung, dass der Zahlungsvorgang dem Kunden gegenüber mit Verlassen des Supermarkts wirksam und der vom Zahler erteilte Zahlungsauftrag unwiderruflich ist. Im Fall einer Lastschrift kann der Zahler den Zahlungsauftrag gemäß § 675p Abs. 2 S. 2 BGB jedoch darüber hinaus bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Fälligkeitstag widerrufen. Da der Kaufpreis für Waren aus dem Supermarkt regelmäßig mit Verlassen des Supermarkts fällig wird, bleibt der Zahlungsauftrag aber auch im Falle der Lastschrift mit Zugang des Auftrags beim Supermarkt unwiderruflich.

#### c) Achtwöchiges Erstattungsrecht

Im Falle der Lastschrift hat der Zahler grundsätzlich ein bedingungsloses achtwöchiges Erstattungsrecht ab dem Zeitpunkt der Belastung seines Kontos gegen seinen Zahlungsdienstleister (vgl. § 675x Abs. 2, 4 BGB). Dies bedeutet, dass der Zahlungsdienstleister den eingezogenen Betrag dem Konto des Zahlers, also des Kunden, wieder gutschreiben muss, wenn dieser sein Erstattungsrecht ausübt. Der Zahlungsdienstleister hat dann einen Kondiktionsanspruch gegen den Supermarkt. Der Supermarkt wiederum muss seinen Kaufpreisanspruch gegen den Kunden geltend machen, der bei Geltendmachung des Erstattungsanspruches wiederauflebt.<sup>24</sup> Gegenüber Nicht-Verbrauchern lässt sich das Erstattungsrecht jedoch ausschließen (vgl. § 675e Abs. 4 BGB i.V.m. § 675x Abs. 4 BGB).

#### d) Starke Kundenauthentifizierung

Da die starke Kundenauthentifizierung gemäß § 55 Abs. 1 ZAG nur bei vom Zahler ausgelösten Zahlungsvorgängen vorgenommen werden muss, stellt die starke Kundenauthentifizierung im Lastschriftverfahren kein Problem dar.<sup>25</sup>

#### e) Aufsichtsrecht

Die über das elektronische Lastschriftverfahren vom Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgänge erfordern keine Erlaubnis zum Betreiben eines Zahlungsdienstes auf Seiten des Supermarkts. Insbesondere stellen diese keinen Zahlungsauslösedienst dar.<sup>26</sup>

### 5. Zahlung per Kreditkarte

Kreditkartenzahlungen laufen im Mehr-Personenverhältnis ab. Es ist zu unterscheiden zwischen dem *Karteninhaber* (der Schuldner bzw. hier der Kunde), dem *Vertragsunternehmen* (der Gläubiger bzw. hier der Supermarkt), dem *kartenausgebenden Institut* (die kontoführende Bank des Kunden), dem *Kartenundernehmen* sowie dem *Acquirer*.<sup>27</sup>

Zwischen dem Karteninhaber und dem Vertragsunternehmen besteht das *Valutaverhältnis*, aufgrund dessen der Karteninhaber zur Zahlung an das Vertragsunternehmen verpflichtet ist.<sup>28</sup> Zwischen dem Karteninhaber und der kartenausgebenden Bank besteht das *Deckungsverhältnis*, im Rahmen dessen die kartenausgebende Bank den Weisungen des Karteninhabers bei Zahlungen mit der Karte unterliegt.<sup>29</sup> Zwischen dem Acquirer und dem Vertragsunternehmen besteht ein *Akquisitionsvertrag*, gemäß dem der Acquirer die vom Karteninhaber geschuldete Zahlung an das Vertragsunternehmen aufgrund eines abstrakten Schuldversprechens leistet, wenn die Kreditkarte zur Zahlung eingesetzt wird.<sup>30</sup> Alternativ kann auch die Regelung darin bestehen, dass der Acquirer die vom kartenausgebenden Institut geschuldete Leistung an das Vertragsunternehmen weiterleitet.<sup>31</sup> Zwischen dem Acquirer und dem kartenausgebenden Institut besteht das *Clearingverhältnis*. Wie das Clearing erfolgt, bestimmt sich nach den Lizenzvereinbarungen, die sowohl das kartenausgebende Institut als auch der Acquirer mit dem Kartenundernehmen als Lizenzgeber geschlossen haben.<sup>32</sup>

Üblicherweise kann der Karteninhaber im Rahmen dieses Systems durch Vorlegen der Kreditkarte und damit der Kartennummer bei einem Händler über dessen Terminal einen Zahlungsauftrag an das kartenausstellende Institut erteilen. Alternativ können die Kreditkartendaten auch beim Händler vorab hinterlegt werden. Der Zahlungsauftrag selbst wird dann vom Händler an den Acquirer und von diesem an das kartenausgebende Institut übermittelt. Je nachdem welche Verpflichtung für den Acquirer nach dem Akquisitionsvertrag besteht, zahlt dieser den vom Karteninhaber geschuldeten Betrag aufgrund eigener Verpflichtung aus einem abstrakten Schuldversprechen an das Vertragsunternehmen<sup>33</sup> oder leitet den Betrag vom kartenausgebenden Institut weiter, wobei es auch hierbei in Vorleistung gehen kann, wenn diese Vorleistung im Rahmen der Erbringung des Zahlungsgeschäfts mit Kreditgewährung (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZAG) oder des Akquisitionsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ZAG) erfolgt.<sup>34</sup> Acquirer und kartenausgebendes Institut haben dabei jeweils einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Karteninhaber gemäß §§ 675c Abs. 1, 670 BGB.<sup>35</sup>

Wählt man als Variante zur Zahlung des Kaufpreises die Kreditkartenzahlung, so hinterlegt der Kunde seine Kreditkartendaten beim Supermarkt, welches den Kaufpreis sowie die Kreditkartendaten

23 Haug, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Hdb., 5. Aufl. 2017, § 51, Rn. 40.

24 BGH, 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BB 2010, 2458 m. BB-Komm. Krüger/Staak, Rn. 25.

25 BaFin Journal Mai 2019, 6 unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2019/bj\\_1905.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2019/bj_1905.html) (Abruf: 30.3.2020).

26 Merkblatt der BaFin – Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) vom 22.12.2011, (geändert am 29.11.2017), unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_111222\\_zag.html?jsessionid=DA3EA4B66F7F4BA30B2934C1DCAA9A7A.1\\_cid298?nn=9450978#doc7846622bodyText12](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html?jsessionid=DA3EA4B66F7F4BA30B2934C1DCAA9A7A.1_cid298?nn=9450978#doc7846622bodyText12) (Abruf: 9.5.2019).

27 Vgl. instruktiv Schur/Schur, JA 2017, 739, 740.

28 Vgl. Schur/Schur, JA 2017, 739, 740.

29 Vgl. Schur/Schur, JA 2017, 739, 740.

30 Vgl. Casper, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 675 f BGB, Rn. 121.

31 In diesem Fall liegt immer auch ein Finanztransfersgeschäft und damit ein Zahlungsdienst gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 ZAG seitens des Acquirers vor.

32 Vgl. Schur/Schur, JA 2017, 739, 741. Prominente Beispiele für Kartenundernehmen sind MasterCard oder Visa.

33 Vgl. Schur/Schur, JA 2017, 739, 740.

34 Sog. Technischer Kredit, vgl. Merkblatt der BaFin – Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_111222\\_zag.html?jsessionid=FA2FC12F7722BCF8DBBEB75AEDDF7647.2\\_cid390?nn=9450978#doc7846622bodyText11](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html?jsessionid=FA2FC12F7722BCF8DBBEB75AEDDF7647.2_cid390?nn=9450978#doc7846622bodyText11) (Abruf: 30.3.2020).

35 Vgl. Casper, in: MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 675 f BGB, Rn. 120 in Bezug auf den Acquirer und vgl. Schur/Schur, JA 2017, 739, 740 in Bezug auf die kartenausgebende Bank.

mationen an den Acquirer übermittelt, sobald der Kunde den Supermarkt mit den eingepackten Waren verlässt. Der Acquirer wird den geschuldeten Betrag dann entweder aus eigener Schuld aus dem abstrakten Schuldversprechen oder in Vorleistung in Ausführung eines Zahlungsdienstes zahlen.<sup>36</sup> Die kartenausgebende Bank wird einen entsprechenden Betrag dann wiederum an den Acquirer zahlen und das Konto des Kunden belasten.

#### a) Erteilung des Zahlungsauftrags

Die Erteilung des Zahlungsauftrags erfolgt ähnlich wie bei der Überweisung. Durch Verlassen des Supermarkts erklärt der Kunde, dass das kartenausgebende Institut den Kaufpreis bezahlen soll. Der Unterschied besteht darin, dass der Supermarkt mit dem Zahlungsauftrag die Kreditkarteninformationen weiterleitet, sodass das kartenausgebende Institut und je nach Modell auch der Acquirer zur Zahlung verpflichtet werden.

#### b) Wirksamkeit eines Zahlungsvorganges gegenüber dem Zahler/Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrages

Es gilt hier grundsätzlich das unter Ziffer III. 3. b) zur Überweisung Gesagte.

#### c) Starke Kundenauthentifizierung

Als Zahlungsdienstleister, gegenüber dem der Zahlungsauftrag erteilt wird, obliegt hier dem kartenausgebenden Institut die starke Kundenauthentifizierung.

#### d) Aufsichtsrecht

Das Kartenausgebende Institut benötigt, wenn es die Zahlungen garantiert und darüber hinaus auch das Konto des Kunden führt, eine Bankerlaubnis nach dem Kreditwesengesetz. Der Acquirer benötigt, je nachdem ob die Zahlung garantiert oder lediglich weiterleitet wird, ebenfalls eine Bankerlaubnis oder eine Erlaubnis zum Betreiben eines Zahlungsdienstes. Der Supermarkt als Zahlungsempfänger benötigt keine Erlaubnis.<sup>37</sup>

### 6. Zahlungsrechtliches Fazit

Aus rechtlicher Sicht ist das Lastschriftmodell aufgrund des 8-wöchigen Erstattungsrechts von Verbrauchern das für einen Verkäufer ungünstigste Modell. Lediglich gegenüber Unternehmern ist es vorteilhaft, da hier keine starke Kundenauthentifizierung notwendig ist und das Erstattungsrecht ausgeschlossen werden kann.

Für das Überweisungsmodell spricht, dass der Zahlungsauftrag mit Zugang beim Zahlungsdienstleister des Kunden unwiderruflich wird und für den Supermarkt daher eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass er den Kaufpreisbetrag erhält. Damit eine automatische Zahlungsabwicklung möglich ist, muss das Zahlungsmodell jedoch so ausgestaltet werden, dass eine der Ausnahmen zur starken Kundenauthentifizierung greift.

Das Gleiche gilt für den Fall der Zahlung mittels Kreditkarteninformationen. Der Vorteil zum Überweisungsmodell besteht jedoch darin, dass der Acquirer bei entsprechender Vereinbarung im Akzeptanzvertrag die Zahlung aufgrund eines abstrakten Schuldversprechens selbst schuldet und der Supermarkt als Vertragsunternehmen somit im Regelfall einen solventen Zweitschuldner hat. Für den Supermarkt am sichersten ist daher das Kreditkartenmodell.

## IV. Datenschutzrechtliche Beurteilung der Invisible Payments

Für den Einsatz von Invisible Payments durch den Supermarkt werden vom Kunden viele Daten erhoben und verarbeitet. Bei den beim Einkauf anfallenden Informationen handelt es sich auch um personenbezogene Daten des Kunden, die der Supermarkt insbesondere für den Einkauf verarbeitet. Beim Einkauf werden folgende personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet.

### 1. Personenbezogene Daten des Kunden

Bei der Auswahl der Produkte durch den Kunden, der Auswertung der Einkaufsgewohnheiten des Kunden und der Bezahlung erhebt und verarbeitet der Supermarkt eine große Menge an personenbezogenen Daten des Kunden.

Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind.

Der Supermarkt erhebt und verarbeitet insbesondere folgende personenbezogene Daten des Kunden: Name, Zahlungsinformationen der Kreditkarte oder in der App, Kaufhistorie, Bewegungsdaten, Foto- und Videoaufnahmen, Informationen zur Identifizierung und Logfiles.<sup>38</sup>

### 2. Datenverarbeitung

Diese personenbezogenen Daten werden auch vom Supermarkt im datenschutzrechtlichen Sinne verarbeitet. Verarbeitung ist in Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert als jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführter Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.

Personenbezogene Daten des Kunden werden im vorliegenden Fall insbesondere bei der Identifizierung des Kunden, der Auswahl der Produkte und der Bezahlung des Einkaufs verarbeitet.

Der Kunde wählt beim Eintritt in den Supermarkt eine Identifizierungsmethode, z.B. die Kreditkarte oder die App des Supermarktes. Die Auswahl der jeweiligen Produkte durch den Kunden wird in der

<sup>36</sup> Möglich ist grundsätzlich auch, dass der Supermarkt an den Acquirer bloße Autorisierungsanfragen stellt und keine Zahlungsaufträge übermittelt, sodass der Acquirer erst zu zahlen verpflichtet ist, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind bzw. der Acquirer sich dazu bereit erklärt.

<sup>37</sup> Vgl. Merkblatt der BaFin – Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb\\_111222\\_zag.html?sessionid=FA2FC12F7722BCF8DBBE75AEDDF7647.2\\_cid390?nn=9450978doc7846622bodyText11](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_111222_zag.html?sessionid=FA2FC12F7722BCF8DBBE75AEDDF7647.2_cid390?nn=9450978doc7846622bodyText11) (Abruf: 30.3.2020).

<sup>38</sup> Examples of Information Collected when using Amazon Services, among others „Just Walk Out“, [https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=468496&ref\\_=footer\\_privacy#GUID-1B2BDAD4-7ACF-4D7A-8608-CBA6EA897FD3-SECTION\\_87C837F9CCD84769B4AE2BEB14AF4F01](https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=468496&ref_=footer_privacy#GUID-1B2BDAD4-7ACF-4D7A-8608-CBA6EA897FD3-SECTION_87C837F9CCD84769B4AE2BEB14AF4F01) (Abruf: 25.4.2020).

Regel durch Sensoren und Bild-/Videoaufnahmen erfasst. Hinzu kommen der Einsatz von Deep Learning zur Bildauswertung, eine Echtzeitverarbeitung von Daten und künstliche Intelligenz zur Auswertung der Daten. Mit dieser Technologie wird jede Entnahme eines Produktes aufgezeichnet. Der Kunde kann seine eingepackten Produkte in Echtzeit auf seiner App nachvollziehen. Die Technologie erkennt auch, wenn der Kunde Produkte zurücklegt, die er bereits in seine Einkaufstasche gelegt hatte. Dann wird das betreffende Produkt von dem Einkauf des Kunden entfernt. Ist der Kunde mit seinem Einkauf fertig, verlässt er das Geschäft über eine Check-out-Schranke. Dort wird der Einkaufswert erfasst und über den gewählten Account (Kreditkarte oder per App) abgerechnet.

Das Bezahlmodell funktioniert in der Regel mittels Videoüberwachung mit 3D-Objekterkennung und Zuordnung der Produkte. Ein anonymer Einkauf ist bislang ausgeschlossen. In der Regel werden auch Bewegungsdaten und allgemeine Informationen zum Einkauf verarbeitet. Laut Aussagen von z.B. von Amazon wird auf die Gesichtserkennung verzichtet. Das System erkenne allein 3D-Objekte und den Menschen ohne exakte Gesichtsstrukturen.<sup>39</sup>

### 3. Analyse der Einkaufsgewohnheiten

Darüber hinaus werden von dem Supermarkt in der Regel die Kunden und deren Einkäufe erfasst und deren Einkaufsgewohnheiten analysiert. Auf Grundlage der Kenntnis der Kundenbedürfnisse werden der Warenbestand verwaltet und optimiert und Trends umgesetzt. Nach bisherigem Stand werden die Einkaufsgewohnheiten jedoch nicht personenbezogen, sondern anonymisiert analysiert. Anonymisierte Daten weisen keine personenbezogenen Daten auf, sodass datenschutzrechtliche Anforderungen dann nicht zu beachten sind. Soweit sie lediglich pseudonymisiert sind, findet das Datenschutzrecht indes Anwendung.

Im Fall einer personalisierten Analyse wäre der Kunde transparent und umfassend über die Art und Weise, die Kriterien und Maßgaben der Analyse oder des Profilings zu informieren. Im Fall eines Profilings im Rahmen der Analyse der Einkaufsgewohnheiten ist der Kunde auch über die involvierte Logik, die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung zu informieren, Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO.

### 4. Verarbeitung von sensiblen Daten

Bei den vom Supermarkt erhobenen personenbezogenen Daten kann es sich teilweise auch um besondere Kategorien von personenbezogenen Daten handeln, da z.B. die Personenaufnahmen Auskunft über die genetische und soziale Herkunft (z.B. Hautfarbe), die Gesundheit oder körperliche Eigenschaften (Brille, Rollstuhl etc.) und ggf. die Religionszugehörigkeit (z.B. Kreuz, Schleier) geben können. Bei einem Einsatz einer Gesichtserkennung würden auch biometrische und offensichtliche Gesundheitsdaten erfasst werden. Nach Angaben von Amazon soll das System jedoch keine Gesichtserkennung vornehmen. Allerdings können personenbezogene Daten unter Umständen auch dann erfasst werden, wenn das System anhand des Modelling die Größe, Körperfigur und sonstige gesundheitliche Umstände (z.B. bei Personen mit eingeschränkten Bewegungen, Rollstuhlfahrer, Brillen) erkennt. Die Verarbeitung von solch sensiblen Daten ist jedoch grundsätzlich untersagt, Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Sie ist nur bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung oder eines anderen Ausnahmetatbestandes zulässig, Art. 9 Abs. 2 DSGVO.

### 5. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung für den Einkauf

Die personenbezogenen Daten des Kunden werden bei der etwaigen Registrierung für die Nutzung der App, zur Identifizierung des Kunden, zur Zuordnung der ausgewählten Waren zum Kunden sowie zur Bezahlung verwendet. Als Rechtsgrundlage für diese Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten des Kunden kommt die Erfüllung des Kaufvertrages in Betracht, Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO.

Die Registrierung zur Nutzung der App bzw. zur Zahlung, die Identifizierung des Kunden, die Zuordnung der ausgewählten Produkte in den Warenkorb, die Ermittlung des Einkaufswerts sowie die Abrechnung werden zum Einkauf im Supermarkt in der Regel zur Erfüllung des Kaufvertrages erforderlich und somit von der Rechtsgrundlage erfasst sein. Dies setzt voraus, dass nur die personenbezogenen Daten erhoben und verarbeitet werden, die unmittelbar für den Einkauf erforderlich sind. Die Verarbeitung weiterer Daten wird in der Regel nicht von dieser Rechtsgrundlage umfasst sein.

### 6. Rechtsgrundlage für Analyse der Einkaufsgewohnheiten

Der Supermarkt erfasst in der Regel mehr Daten als zum Einkauf erforderlich sind. Es wird beispielsweise festgehalten, welche Ware der Kunde wählt, ob er Ware aus dem Einkaufskorb ins Regal zurücklegt oder die Anzahl verringert. Die Einkaufsgewohnheiten des Kunden werden dann mit künstlicher Intelligenz analysiert. Basierend auf diesen Daten soll die Kundenzufriedenheit erfasst und gesteigert werden. Soweit der Supermarkt Daten über Ort und Zeitpunkt des Einkaufs sowie zur Kaufpreishöhe erhebt, entspricht dies den gängigen und insoweit nicht durch die Rechtsprechung beanstandeten Rabattpunktesystemen wie Payback oder Happy Digits.<sup>40</sup>

Soweit die Analyse der Einkaufsgewohnheiten anonymisiert erfolgt, sind mangels Vorliegens von personenbezogenen Daten keine datenschutzrechtlichen Anforderungen zu beachten. Soweit sie jedoch pseudonymisiert oder kundenspezifisch durchgeführt wird, scheidet eine Rechtsgrundlage in der Regel aus, da die Analyse für den Kauf grundsätzlich nicht erforderlich ist. In Betracht kommen jedoch eine Einwilligung des Kunden in die Kundenanalyse (Art. 6 Abs. 1 lit. a, 7 DSGVO) oder das berechtigte Interesse des Supermarkts (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO).

#### a) Einwilligung des Kunden

Die Datenverarbeitung des Supermarkts hinsichtlich der Einkaufsgewohnheiten könnte auf der Grundlage der Einwilligung rechtmäßig sein, Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO.

Eine Einwilligung ist rechtmäßig, wenn sie folgenden Anforderungen von Art. 7 DSGVO, Erwägungsgrund 32 und 42 DSGVO, entspricht: Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen

<sup>39</sup> Coldewey, TechCrunch, Inside Amazon's surveillance-powered, no-check-out convenience store, unter <https://techcrunch.com/2018/01/21/inside-amazons-surveillance-powered-no-checkout-convenience-store/> (Abruf: 25.4.2020).

<sup>40</sup> Vgl. BGH, 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, K&R 2010, 116 m. K&R-Komm. *Wäßle*, WRP 2010, 278, NJW 2010, 864; BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BB 2008, 2426 m. BB-Komm. *Schirnbacher*, MMR 2008, 731; *Gulden*, Amazon Go – Rechtslage in Deutschland? Wäre der Supermarkt in Deutschland möglich? unter <https://ggr-law.com/e-commerce/faq/amazon-go-rechtslage-deutschland/> (Abruf: 25.4.2020).

Daten einverstanden ist. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Zudem muss dem Kunden das Recht eingeräumt werden, seine Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Er ist vor der Abgabe der Einwilligung über sein Widerrufsrecht zu informieren. Dabei ist zu beachten, dass Teile der Einwilligungserklärung dann nicht verbindlich sind, wenn sie einen Verstoß gegen die DSGVO darstellen, Art. 7 Abs. 2 S. 2 DSGVO.

Des Weiteren ist das Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO zu beachten, sofern die Einwilligung im Rahmen eines Vertrags erteilt wird und die Datenverarbeitung über das für die Vertragserfüllung erforderliche Maß hinausgeht. Bei Vertragsverhältnissen ist eine Kopplung von Einwilligung und Vertragserfüllung aber nicht pauschal ausgeschlossen; es ist stattdessen eine gesonderte Erforderlichkeitsprüfung vorgesehen.<sup>41</sup>

In der Praxis wird es schwer sein, die aufgeführten Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu erfüllen und eine wirksame Einwilligung des Kunden einzuholen. Es kann z. B. an der Freiwilligkeit der Einwilligung fehlen, wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird oder wenn der Betroffene durch übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird.<sup>42</sup> Des Weiteren ist es bei einer Verarbeitung von vielen Daten und für mehrere Zwecke, wie z. B. bei der Analyse der Einkaufsgewohnheiten, nicht leicht, über die Einwilligung umfassend und transparent zu informieren.

## b) Berechtigtes Interesse

Ob die Auswertung und Nutzung der Einkaufsgewohnheiten der Kunden auf die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses des Supermarkts gestützt werden kann, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, ist jeweils im Einzelfall beurteilen. Berechtigte Interessen können rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle darstellen.<sup>43</sup> Als berechtigtes Interesse des Supermarkts kommt z. B. die Steigerung der Kundenzufriedenheit und die Optimierung des Warenbestandes durch eine Analyse des Kundeneinkaufs in Betracht. Bei der erforderlichen Interessenabwägung kommt es maßgeblich auf Art und Umfang der verwendeten personenbezogenen Daten, die transparente und umfassende Information, Zweckgebundenheit und Angemessenheit (hier der Kundenanalyse) an.<sup>44</sup>

Sofern Kinder unter 16 Jahren den Kunden begleiten oder sensible Daten des Kunden erhoben werden, wird die Interessenabwägung in der Regel zugunsten des Kunden ausfallen.<sup>45</sup>

## 7. Prinzipien der Datenverarbeitung

Der Supermarkt hat bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Grundsätze nach Art. 5 DSGVO einzuhalten: Grundsatz der Rechtmäßigkeit, der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben, der Transparenz, der Zweckbindung, der Datenminimierung, der Richtigkeit, der Speicherbegrenzung und der Integrität und Vertraulichkeit der Datenverarbeitung. Diese Grundsätze gelten unmittelbar. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze macht die Datenverarbeitung rechtswidrig.<sup>46</sup> Der Supermarkt muss die Einhaltung der Grundsätze auch nachweisen können, Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Andernfalls gilt die Datenverarbeitung nicht als rechtmäßig.

Bei der Erhebung der Kundendaten für den Einkauf wird durch die Sensoren und Kameras eine Vielzahl von Daten erhoben. Entsprechend des Grundsatzes der Transparenz, Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, sind diese Daten in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren

Weise zu verarbeiten. Zudem hat der Supermarkt den Kunden transparent und umfassend, insbesondere entsprechend den Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO, zu informieren.

Angesichts der Vielzahl von Daten, die der Supermarkt erhebt, können Zweifel an der Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung aufkommen. Nach dem Grundsatz der Datenminimierung müssen personenbezogene Daten „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein“, Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Dies bedeutet, dass der Supermarkt die personenbezogenen Daten des Kunden nur in dem Umfang erheben und verarbeiten darf, wie es für den Einkauf erforderlich ist. Dies betrifft die Anzahl der Daten sowie die Anzahl der Nutzungen.

Der Grundsatz der Datenminimierung wird durch den technischen Datenschutz unterstützt. Dies geschieht vor allem durch Privacy by Design und Privacy by Default, Art. 25 DSGVO. Privacy by Design, „Datenschutz durch Technikgestaltung“, bedeutet, dass der Datenschutz bei Entwurf eines Datenverarbeitungsvorgangs durch technische und organisatorische Maßnahmen sichergestellt wird. Privacy by Default, „Datenschutz durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“, bedeutet, dass die Werkeinstellungen datenschutzfreundlich auszugestaltet sind. Der Supermarkt hat bei der Identifizierung des Kunden, der Zuordnung zum Zahlungsmittel, bei der Auswahl der Waren, bei der Bezahlung durch technische Gestaltung sowie bei datenschutzfreundlichen Voreinstellungen sicherzustellen, dass lediglich die für diese Vorgänge notwendigen Daten erhoben und verarbeitet werden.

Unter dem Gesichtspunkt der Datenminimierung ist z. B. der Einsatz von RFID wie durch die bereits erwähnte VR Payment GmbH vorteilhafter. Durch den Einsatz von RFID werden weniger Daten erhoben und verarbeitet als beim Einsatz von Kameras und Sensoren.

## 8. Datenschutzrechtliches Fazit

Soweit der Supermarkt lediglich die personenbezogenen Daten des Kunden erhebt und verarbeitet, die für den Einkauf erforderlich sind, wird die Datenverarbeitung in der Regel zur Vertragserfüllung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO zulässig sein. Soweit darüber hinaus personenbezogene Daten zur Auswertung des Kundenverhaltens erhoben und verarbeitet werden, wird es darauf ankommen, ob diese anonymisiert oder personalisiert verwendet werden. In der anonymen Form wird dies datenschutzrechtlich zulässig sein, in der personalisierten Form besteht die Herausforderung, entweder eine wirksame Einwilligung einzuholen (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder die Auswertung so zu gestalten, dass sie auf der Grundlage des berechtigten Interesses zulässig ist (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO). Darüber hinaus sind die Grundsätze der Datenverarbeitung nach Art. 5 DSGVO einzuhalten. Hier sind insbesondere bedeutsam: Transparenz, Zweckbindung und Datenminimalisierung.

41 Metzger, GRUR 2019, 129, 132; Heckmann/Paschke, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 94 f.; östOGH, 31.8.2018 – 6 Ob 140/18h.

42 BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BB 2008, 2426 m. BB-Komm. Schirmbacher, NJW 2008, 3055, 3056.

43 Paal/Pauly/Frenzel, 2. Aufl. 2018, DS-GVO, Art. 6, Rn. 28.

44 Datenschutzkonferenz, Kurzpapier Nr. 3, Verarbeitung personenbezogener Arten für Werbung, 29.7.2017, unter <https://www.datenschutzzentrum.de/Art./1161-Kurzpapier-Nr.-3-Verarbeitung-personenbezogener-Daten-fuer-Werbung.html> (Abruf: 25.4.2020).

45 Amazon Services, unter anderem Amazon „Just Walk Out“ verkauft keine Produkte zum Kauf durch Kinder, nur durch Erwachsene. Kinder unter 18 Jahre dürfen die Amazon-Dienste nur unter Beteiligung eines Elternteils oder Erziehungsberechtigten nutzen, unter [https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=468496&ref\\_=footer\\_privacy#GUID-1B2BDAD4-7ACF-4D7A-8608-CBA6EA897FD3\\_\\_SECTION\\_D17374D6EESB4077946965351E11175C](https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=468496&ref_=footer_privacy#GUID-1B2BDAD4-7ACF-4D7A-8608-CBA6EA897FD3__SECTION_D17374D6EESB4077946965351E11175C) (Abruf: 25.4.2020).

46 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Rn. 1.

## V. Bedeutung für die Praxis

Die dargestellten zahlungs- und datenschutzrechtlichen Aspekte vermitteln einen ersten Einblick in das Rechtsgebiet der Invisible Payments. Die Bandbreite der Anwendungsmöglichkeiten ist einerseits groß, erfordert andererseits eine genaue Prüfung der zahlungs- und datenschutzrechtlichen Anforderungen im Einzelfall. Es zeigt sich jedoch, dass auch komplexe Projekte zahlungs- und datenschutzrechtlich umsetzbar sind.

**Hinweis der Redaktion:** Im Zusammenhang mit Invisible Payments s. auch die Beiträge in unserer neuen Zeitschrift „Recht der Zahlungsdienste (RdZ)“: *Gebhard/Sturges*, Invisible Payments – aufsichtsrechtliche Einordnung von interaktionslosen Zahlungsprozessen, RdZ 2020, 12; *Linardatos*, Rollende Kreditkarten – zahlungsdienstrechtliche Fragen bei In-Car-Payments, RdZ 2020, 36; *Korschowski*, Auto – technisches Device zum Bezahlen und Datensammeln, RdZ 2020, 66.

**Oskar Becker**, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Schalast Rechtsanwälte Notare in Frankfurt a. M. und dort in der Praxisgruppe Banking & Finance tätig.



**Anne Baranowski**, LL.M., RAin, ist Counsel bei Schalast Rechtsanwälte Notare und betreut Mandanten insbesondere im IT-, Datenschutz- und Urheberrecht mit einem Schwerpunkt auf der Technologie- und Medienbranche. Dies umfasst auch Themen wie Big Data, Data Analytics, Cloud Services, Digitalisierung, E-Commerce, Rechtsfragen der Industrie 4.0 und IoT sowie die rechtliche Begleitung von IT-Projekten.



# BGH: Cookie-Consent-Erfordernis zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung – Cookie-Einwilligung II – Planet49

**BGH**, Urteil vom 28.5.2020 – I ZR 7/16

ECLI:DE:BGH:2020:280520UIZR7.16.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2020-1601-4**

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### AMTLICHE LEITSÄTZE

a) Eine wirksame Einwilligung in telefonische Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG liegt nicht vor, wenn der Verbraucher bei der Erklärung der Einwilligung mit einem aufwendigen Verfahren der Abwahl von in einer Liste aufgeführten Partnerunternehmen konfrontiert wird, das ihn dazu veranlassen kann, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen dem Unternehmer die Wahl der Werbepartner zu überlassen. Weiß der Verbraucher mangels Kenntnisnahme vom Inhalt der Liste und ohne Ausübung des Wahlrechts nicht, die Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmer die Einwilligung erfasst, liegt keine Einwilligung für den konkreten Fall vor.

b) § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG dahin richtlinienkonform auszulegen, dass der Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen darf. Eine elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, genügt diesem Einwilligungserfordernis nicht.

Richtlinie 2002/58/EG Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Buchst. f; Richtlinie 2009/136/EG Art. 2 Nr. 5; Richtlinie 95/46/EG Art. 2 Buchst. h; Verordnung (EU) 2016/679 Art. 4 Nr. 11; UKlaG § 1; BGB § 307; TMG § 15 Abs. 3

### SACHVERHALT

Der Kläger ist der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Bundesverband der Verbraucherzentralen. Die Beklagte bietet die Teilnahme an Gewinnspielen im Internet an.

Am 24. September 2013 veranstaltete die Beklagte unter der Internetadresse „www. .de“ ein Gewinnspiel. Nach Eingabe der Postleitzahl gelangte der Nutzer hierbei auf eine Seite, auf der Name und Anschrift des Nutzers einzutragen waren. Unter den Eingabefeldern für die Adresse befanden sich zwei mit Ankreuzfeldern versehene Hinweistexte. Der erste Hinweistext, dessen Ankreuzfeld nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, lautete:

„Ich bin einverstanden, dass einige Sponsoren und Kooperationspartner mich postalisch oder telefonisch oder per E-Mail/SMS über Angebote aus ihrem jeweiligen Geschäftsbereich informieren. Diese kann ich hier selbst bestimmen, ansonsten erfolgt die Auswahl durch den Veranstalter. Das Einverständnis kann ich jederzeit widerrufen. Weitere Infos dazu hier.“

Der zweite Hinweistext, der mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, lautete:

„Ich bin einverstanden, dass der Webanalysedienst Remintrex bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, die Planet49 GmbH, nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches Planet49 eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartnern und damit interessengerichtete Werbung durch Remintrex ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder löschen. Lesen Sie Näheres hier.“

Eine Teilnahme am Gewinnspiel war nur möglich, wenn mindestens das Häkchen vor dem ersten Hinweistext gesetzt wurde.

Der im ersten Hinweistext den Worten „Sponsoren und Kooperationspartner“ und „hier“ unterlegte elektronische Verweis führte zu einer Liste, die 57 Unternehmen, ihre Adresse, den zu bewerbenden Geschäftsbereich und die für die Werbung genutzte Kommunikationsart (E-Mail, Post oder Telefon) sowie nach jedem Unternehmen das unterstrichene Wort „Abmelden“ enthielt. Der Liste vorangestellt war folgender Hinweis:

„Durch Anklicken auf dem Link ‚Abmelden‘ entscheide ich, dass dem genannten Partner/Sponsoren kein Werbeeinverständnis erteilt werden darf. Wenn ich keinen oder nicht ausreichend viele Partner/Sponsoren abge-